رأي ابن عباس رضي الله عنهما في تولية المرأة لمنصب القضاء وأثره على الفقهاء والتطبيقات المعاصرة دراسة فقهية مقارنة

خليل محمد قنن (*)

إشراف:

د. علي محمد عفيفي

تولية المرأة للقضاء :

عَنْ عِكْرِمَةَ ، عن ابنِ عَبَّاسٍ، عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ: (مَنِ اسْتَعْمَلَ عَامِلًا مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّ فِيهِمْ أَوْلَى بِذَلِكَ مِنْهُ وَأَعْلَمُ بِكِتَابِ اللهِ وَسُنَّةِ نَبِيِّهِ ، فَقَدْ خَانَ اللهَ ، وَرَسُولَهُ، وَجَمِيعَ الْمُسْلِمِينَ)(١).

وقد ثبت أفضلية الرجل على المرأة بنص القرآن، قال تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾(٢).

جاء في تنوير المقباس من تفسير ابن عباس: أي بما فضل الرجال بالعقل(٣).

(*)طالب دكتوراه بقسم الشريعة – كلية دار العلوم – جامعة الفيوم .

(١) وَاستَثْنَى النَّوَوِيُّ الْحَجَّ وَالْخُلْعَ وَالْكِتَابَةَ وَالْعَارِيَّةَ. الزركشي: المنثور(٣/٧).

(٢) سورة النساء: الآية(٣٤).

(٣) جمعه الفيروز آبادي(٦٩).

وقَالَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَلْحَةَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾(١) يَعْنِي: أُمَرَاءُ عَلَيْهَا(٢).

فقه الرواية:

يفهم من كل ما سبق عدم مشروعية تولية المرأة لمنصب القضاء؛ لأنه من باب الخيانة لله ورسوله وجميع المسلمين، وذلك لأن الرجل أولى من المرأة في هذا المنصب، بدليل قوله تعالى: **﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾**(٣)، حيث أفادت الآية حصر القوامة(٤) في الرجال، زد على ذلك ما ثبت عند ابن عباس ﷺ بأن للرجال فضل على النساء في العقل والإمارة وهذا يستلزم عدم صحة تولي المرأة للقضاء عند ابن عباس ﷺ يدلل على ذلك عدم مخالفتة لمقتضى الرواية، إذ لو خالف لاشتهر ذلك، وهو مالم يحصل(٥).

قال ابن كثير: لِأَنَّ الرِّجَالَ أَفْضَلُ مِنَ النِّسَاءِ، وَالرَّجُلُ خَيْرٌ مِنَ الْمَرْأَةِ، وَلِهَذَا كَانَتِ النُّبُوَّةُ مُخْتَصَّةً بِالرِّجَالِ، وَكَذَلِكَ الْمُلْكُ،... وَكَذَا مَنْصِبُ الْقَضَاءِ وَغَيْرُ ذَلِكَ(٦).

---

(١) سورة النساء: الآية(٣٤).

(٢) ابن كثير: تفسير القرآن(٢/٢٩٣). وفي الدر المنثورأُمَرَاء عَلَيْهِنَّ. السيوطي(٢/٥١٣).

(٣) سورة النساء: الآية(٣٤).

(٤) الْمَعْنَى إِنِّي جَعَلْت الْقَوَّامِيَّةَ عَلَى الْمَرْأَةِ لِلرَّجُلِ لِأَجْلِ تَفْضِيلِي لَهُ عَلَيْهَا، وَذَلِكَ لِثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ:

الْأَوَّلُ: كَمَالُ الْعَقْلِ وَالتَّمْيِيزِ.

الثَّانِي: كَمَالُ الدِّينِ وَالطَّاعَةِ فِي الْجِهَادِ وَالْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيِ عَنْ الْمُنْكَرِ عَلَى الْعُمُومِ، وَغَيْرِ ذَلِكَ.

الثَّالِثُ: بَذْلُهُ الْمَالَ مِنْ الصَّدَاقِ وَالنَّفَقَةِ، وَقَدْ نَصَّ اللَّهُ عَلَيْهَا هَاهُنَا. ابن العربي: أحكام القرآن(١/٥٣١).

(٥) انظر: ابن العربي: أحكام القرآن(١/٥٣١).

(٦) تفسير القرآن(٢/٢٥٦).

وما آل إليه ابن عباس اختلف فيه الفقهاء على النحو التالي:

- **القول الأول:** قول من وافق ابن عباس ﷺ وهو للمالكية[١]، والشافعية، والحنابلة، ويرون أن المرأة لا يجوز أن تتولى القضاء، ويأثم الحاكم إذا ولاها هذا المنصب، وتأثم لقبولها بذلك، ولا ينفذ قضاؤها؛ لأن الذكورة شرط للجواز والصحة[٢].
- **القول الثاني:** قول من خالف ابن عباس ﷺ، و هو للحنفية [٣]، ويرون جواز تولية المرأة، وإذا وليت نفذ قضاؤها في غير الحدود والقصاص، وأثم موليها؛ لأنه لا شهادة لها في ذلك، وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة. وإنما نفذ قضاؤها في غير الجنايات؛ لأنه يجوز أن تكون شاهدة فيه[٤].

---

(١) وَرَوَى ابْنُ أَبِي مَرْيَمَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ جَوَازَ وِلَايَةِ الْمَرْأَةِ، قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ، قَالَ ابْنُ زَرْقُون: أَظُنُّهُ فِيمَا تَجُوزُ فِيهِ شَهَادَتُهَا، قَالَ ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ: لَا حَاجَةَ لِهَذَا التَّأْوِيلِ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ ابْنُ الْقَاسِمِ قَالَ كَقَوْلِ الْحَسَنِ وَالطَّبَرِيِّ بِإِجَازَةِ وِلَايَتِهَا الْقَضَاءَ مُطْلَقًا (قُلْت) الْأَظْهَرُ قَوْلُ ابْنِ زَرْقُون؛ لِأَنَّ ابْنَ عَبْدِ السَّلَامِ، قَالَ فِي الرَّدِّ عَلَى مَنْ شَذَّ مِنْ الْمُتَكَلِّمِينَ وَقَالَ الْفِسْقُ لَا يُنَافِي الْقَضَاءَ مَا نَصُّهُ: وَهَذَا ضَعِيفٌ جِدًّا؛ لِأَنَّ الْعَدَالَةَ شَرْطٌ فِي قَبُولِ الشَّهَادَةِ وَالْقَضَاءُ أَعْظَمُ حُرْمَةً مِنْهَا. (قُلْت) فَجُعِلَ مَا هُوَ مُنَافٍ لِلشَّهَادَةِ مُنَافٍ لِلْقَضَاءِ فَكَمَا أَنَّ النِّكَاحَ وَالطَّلَاقَ وَالْعِتْقَ وَالْحُدُودَ لَا تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَتُهَا فَكَذَلِكَ لَا يَصِحُّ فِيهَا قَضَاؤُهَا. الحطاب: مواهب الجليل(١٣٩/٤).

(٢) انظر: المواق: التاج والإكليل(٦٣/٨)، الأسيوطي: جواهر العقود(٢٣٨/٢)، ابن قدامة:المغني(٣٦/١٠).

(٣) انظر: ابن الهمام: فتح القدير(٢٥٣/٧)، (٣/٧)، زادة: مجمع الأنهر(١٦٨/٢)، ابن عابدين: الحاشية(٤٤٠/٥).

(٤) بينما يرى البعض _انظر: عثمان: النظام القضائي، (٩٨)، وما بعدها_: أنَّ حقيقة مذهب الحنفيَّة غير ذلك؛ لأنَّ الحنفية يقفون مع الجمهور في القول: بعدم جواز تولية المرأة القضاء، واتكئوا في ذلك على قول ابن الهمام في قوله: وَالْجَوَابُ أَنَّ مَا ذَكَرَ غَايَةُ مَا يُفِيدُ مَنْعُ أَنْ تَسْتَقْضِيَ وَعَدَمُ حِلِّهِ، وَالْكَلَامُ فِيمَا لَوْ وُلِّيَتْ وَأَثِمَ الْمُقَلِّدُ بِذَلِكَ أَوْ حَكَّمَهَا خَصْمَانِ فَقَضَتْ قَضَاءً مُوَافِقًا لِدِينِ اللَّهِ أَكَانَ يَنْفُذُ أَمْ لَا؟ لَمْ يَنْتَهِضْ الدَّلِيلُ عَلَى نَفْيِهِ بَعْدَ مُوَافَقَتِهِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَا أَنْ يَثْبُتَ شَرْعًا سَلْبَ أَهْلِيَّتِهَا، وَلَيْسَ فِي الشَّرْعِ سِوَى نُقْصَانِ عَقْلِهَا، وَمَعْلُومٌ أَنَّهُ لَمْ يَصِلْ إلَى حَدِّ سَلْبِ وِلَايَتِهَا بِالْكُلِّيَّةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهَا تَصْلُحُ شَاهِدَةً وَنَاظِرَةً فِي الْأَوْقَافِ وَوَصِيَّةً عَلَى الْيَتَامَى وَذَلِكَ النُّقْصَانُ بِالنِّسْبَةِ وَالْإِضَافَةِ، ثُمَّ هُوَ مَنْسُوبٌ إلَى الْجِنْسِ فَجَازَ فِي الْفَرْدِ خِلَافُهُ؛ أَلَا تَرَى إلَى تَصْرِيحِهِمْ بِصِدْقِ قَوْلِنَا: الرَّجُلُ خَيْرٌ مِنْ الْمَرْأَةِ مَعَ جَوَازِ كَوْنِ بَعْضِ أَفْرَادِ النِّسَاءِ خَيْرًا مِنْ بَعْضِ أَفْرَادِ الرِّجَالِ، وَلِذَلِكَ النَّقْصِ الْغَرِيزِيِّ نَسَبَ ﷺ لِمَنْ يُوَلِّيهِنَّ عَدَمَ الْفَلَاحِ، فَكَانَ الْحَدِيثُ مُتَعَرِّضًا لِلْمُوَلِّينَ وَلَهُنَّ بِنَقْصِ الْحَالِ، وَهَذَا حَقٌّ لَكِنَّ الْكَلَامَ فِيمَا لَوْ وُلِّيَتْ فَقَضَتْ بِالْحَقِّ لِمَاذَا يَبْطُلُ ذَلِكَ الْحَقُّ. فتح القدير(٢٩٨/٧).

ويجاب عن ذلك: بقول ابن الهمام نفسه: وَأَمَّا الذُّكُورَةُ فَلَيْسَتْ بِشَرْطٍ إلَّا لِلْقَضَاءِ فِي الْحُدُودِ وَالدِّمَاءِ فَتَقْضِي الْمَرْأَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ إلَّا فِيهِمَا. فتح القدير(٢٥٣/٧).

وبقول الكاساني: وَأَمَّا الذُّكُورَةُ فَلَيْسَتْ مِنْ شَرْطِ جَوَازِ التَّقْلِيدِ فِي الْجُمْلَةِ. بدائع الصنائع(٣/٧).

قال الكساني: وَأَمَّا الذُّكُورَةُ فَلَيْسَتْ مِنْ شَرْطِ جَوَازِ التَّقْلِيدِ فِي الْجُمْلَةِ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَاتِ فِي الْجُمْلَةِ، إلَّا أَنَّهَا لَا تَقْضِي بِالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ؛ لِأَنَّهُ لَا شَهَادَةَ لَهَا فِي ذَلِكَ، وَأَهْلِيَّةُ الْقَضَاءِ تَدُورُ مَعَ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ(١).

- **القول الثالث:** وهو قول ثاني مخالف لابن عباس ﷺ، و هو للطبري، وابن حزم، ويريان أنه يجوز تولية المرأة القضاء في كل ما تصح فيه شهادتها، ولها أن تشهد في كل شئ دون حد أو قيد(٢).

منشأ الخلاف في المسألة:

يرجع إلى النقاط التالية:

١- الأدلة الواردة في هذه المسألة، أدلة ظنية، يتطرق إليها الاحتمال، وفيها مجال للرأي، والرأي الآخر.

٢- الاختلاف في النظر والتكيف، بمعنى هل أهلية القضاء متحققة لدى المرأة، كما هي متوفرة لدى الرجل، وهو ما يسمى عند الأصوليين بتحقيق المناط(٣).

---

(١) بدائع الصنائع(٣/٧).

(٢) انظر: الحطاب: مواهب الجليل(١٣٩/٤)، ابن حزم: المحلى(٤٢٧/٨). وقد نسب هذا القول للحسن البصري، ومحمد بن الحسن انظر: الثعلبي: التلقين(١٨٢/٥).

(٣) معناه التأكد من حصول العلة في محل آخر. الخادمي: علم المقاصد(٦٣).

و ينقسم الاجتهاد بالنسبة لعلة الحكم إلى ثلاثة أقسام تحقيق المناط، وتنقيحه، وتخريجه.

أ- فتحقيق المناط: هو أن يعلق الشارع الحكم بمعنى كلي، فينظر المجتهد في ثبوته في بعض الأنواع أو بعض الأعيان. كالأمر باستقبال القبلة واستشهاد شهيدين عدلين فينظر هل المصلي مستقبل القبلة؟ وهذا الشخص هل هو عدل مرضي؟ وهذا النوع من الاجتهاد متفق عليه بين المسلمين بل بين العقلاء.

ب- وتنقيح المناط: وهو تهذيب العلة، فإذا أضاف الشارع حكمًا إلى سببه واقترن بذلك أوصاف لا مدخل لها في إضافة الحكم، وجب حذف الأوصاف غير المؤثرة عن الاعتبار وإبقاءُ الوصف المؤثر المعتبر في الحكم.

وذلك كأمر النبي ﷺالأعرابي الذي واقع أهله في رمضان بالكفارة فعُلم أن كونه أعرابيًا، أو عربيًا، أو الموطوءة زوجته، لا أثر له في الحكم، فلو وطئ المسلم العجمي سريته كان الحكم كذلك، وهذا النوع قد أقر به أكثر منكري القياس.

جـ- وتخريج المناط: وهو القياس المحض، وهو أن ينص الشارع على حكم في محل، ولا يتعرض لمناطه أصلاً، كتحريم الربا في البر، فيجتهد المجتهد في البحث عن علة الحكم ومناطه بطريق من طرق ثبوت العلة.

وهذا النوع هو الذي وقع فيه الخلاف المشهور في حجية القياس. الجيزاني: معالم أصول الفقه(٤٦٨).

٣- الاختلاف في القياس، بمعنى هل يقاس القضاء على رئاسة الدولة، أم يقاس على الشهادة. فمن قاس على رئاسة الدولة، قال: بعدم الجواز، ومن قاس على الشهادة، قال: بالجواز؛ لأنه باتفاق العلماء لا يجوز أن تكون المرأة رئيسة للدولة، بينما يجوز لها أن تكون شاهدة في المنازعات والخصومات(١).

أدلة القول الأول:

استدلوا بالقرآن، والسنة، والإجماع والقياس، والمعقول على النحو التالي:

أما القرآن:

١- قال تعالى: **﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾**(٢).

وجه الدلالة:

الآية أفادت حصر(٣) القوامة في الرجال، فالمعنى: القوامة للرجال على النساء وليس العكس، وهذا يستلزم أن لا تجوز ولا تصح ولاية المرأة القضاء، وإلا كان للنساء قوامة على الرجال، وهذا يتعارض مع ما أفادته الآية الكريمة(٤).

---

(١) أبو البصل: الفقه المقارن(١١٥).

(٢) سورة النساء: الآية(٣٤).

(٣) لأنه من المقرر في قواعد اللغة أن المبتدأ المعرف بلام الجنس ينحصر في خبره، والحصر هنا حصر إضافي.

(٤) أبو البصل: الفقه المقارن(١١٦).

ويعترض على ذلك:

أولا: أن المراد بالقوامة في الآية الكريمة ليس المراد بها القوامة العامة التي تشمل القضاء وغيره، بل المراد هنا قوامة خاصة، وهي قوامة رب الأسرة[١] عليها، أي: في الولاية الأسرية التي أشار إليها الرسول ﷺ حين قال: (وَالرَّجُلُ رَاعٍ فِي أَهْلِهِ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ) [٢]، فيستأذن ويطاع، ويمتلك حق التأديب[٣].

(١) والذي يدل على أن المراد بالقوامة في الآية هي قوامة رب الأسرة عليها: ثلاثة أمور:

الأمر الأول: سبب نزول الآية، فقد روي أن سعد بن الربيع نشزت امرأته فلطمها، فأتت النبي ﷺ شاكية، فقال لها: "بينكما القصاص" فأنزل الله عز وجل: {وَلَا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْضَى إِلَيْكَ وَحْيُهُ}. فأمسك ﷺ حتى نزل: {الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ} الآية، فقال ﷺ: "أردت أمرا وأراد الله غيره". وهذا دليل على أن المراد بالقوامة قوامة الزوج على زوجته بالتأديب.

الأمر الثاني: تركيب الآية وسياقها، فإن فيها إشارة إلى المهر، والنفقات التي يتحملها الأزواج، بقوله تعالى في الآية: {وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ}، وفيها إشارة إلى ما يجب للزوج على زوجته من طاعة وأمانة، وهو قوله تعالى: {فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ} وفيها إشارة إلى السلطة المخولة للأزواج على زوجاتهم، وهو قوله تعالى: {وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ}.

فهذا يدل على أن المراد بالقوامة في الآية قوامة الرجال على زوجاتهم، وليس توليتهم عليهن في الولايات العامة، كرياسة الدولة، وغيرهما من الولايات.

الأمر الثالث: صلاحية المرأة للولايات الخاصة، فالآية تفيد العموم إذن، ومما يبين أن المرأة تصلح للولايات الخاصة أنها تصلح وصية على اليتيم، وتصلح ناظرة مال الوقف؛ فلأنها قادرة على أن تقوم بأمور هذه الولاية جاز إسنادها إليها، فكذلك يجوز إسناد الولايات العامة إليها، ما دام مناط الحكم -وهو القدرة- متحققا، والحكم هو جواز وصحة الإسناد إليها، ولا تأثير لعموم الولاية أو خصوصها بعد أن تتحقق قدرة المرأة على ممارسة الولاية، ولولا أن الإجماع قد قام لى عدم جواز تولي المرأة رياسة الدولة، وما هو بمثابتها كوزارة التفويض، وإمارة الإقليم، وورود النص في رياسة الدولة المانع لتولي المرأة إياها، لجاز أن تولى المرأة هذه الولايات العامة أيضًا، بدون فرق بين ولاية عامة وولاية خاصة. عثمان: النظام القضائي(١٢٨).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، باب الجمعة في القرى والمدن، برقم(٨٩٣)، (٥/٢)، ومسلم، في صحيحه، باب فضيلة الإمام العادل، برقم(١٨٢٩)، (١٤٥٩/٣)، واللفظ للبخاري.

(٣) انظر: الطبري: جامع البيان(٢٩٠/٨)،

قال ابن عباس: قَوَّامُونَ مُسَلَّطُونَ عَلَى تَأْدِيبِ النِّسَاءِ فِي الْحَقِّ[(١)].

ثانيا: لو سلمنا جدلا أن الآية تفيد العموم، فإن الاستدلال بها يكون غير تام التقريب[(٢)]؛ لأن الدعوى عدم جواز تولية المرأة القضاء مطلقا، وعدم صحة هذه التولية مطلقا كذلك، سواء كان توليها القضاء على الرجال، أم على النساء، أم على الأحداث، أم على هؤلاء جميعا، والاستدلال بالآية أنتج الدعوى في الشق الأول فقط، أي: ولايتها على الرجال دون النساء والأحداث، وعلماؤنا ينصون على أنه من المستحب أن تفرد النساء بقاض إذا كان طرفا الخصومة منهن[(٣)].

ويجاب عن ذلك:

أولا: المناقشة بتخصيص العموم في الآية بسبب النزول، فأجيب عنها بأن التخصيص بسبب النزول لا يسلم إلا على رأي ضعيف، في علم أصول الفقه، وإنما الرأي القوي أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، كما هو المعتمد عند الأصوليين كما أن حذف متعلق القوامة يؤذن بعمومها.

ثانيا: المناقشة بتخصيص العموم في الآية بما ورد فيها من أحكام تتعلق بولاية الزوج على زوجته، فأجيب عنها بأن ذلك من باب إفراد فرد من أفراد العام فلا يكون مخصصا للعام[(٤)]، ومعنى إفراد فرد من أفراد العام

---

(١) ابن حيان: البحر المحيط(٦٢٣/٣).

(٢) هو سوق المقدمات على وجهٍ يفيد المطلوب، وقيل: سوق الدليل على الوجه الذي يلزم المدعي، وقيل: جعل الدليل مطابقًا للمدعي. الجرجاني: التعريفات(٦٤).

(٣) عثمان: النظام القضائي(١٢٨).

(٤) والدليل على أن إفراد فرد من أفراد العام، أي: تخصيص البعض بالذكر لا يكون مخصصا للعام، أن الحكم على الواحد لا ينافي الحكم على الكل؛ لأنه لا يوجد منافاة بين بعض الشيء وكله، بل الكل محتاج إلى بعضه، وإذا لم توجد المنافاة لا يوجد التخصيص؛ لأن المخصص لا بد أن يكون منافيا للعام. انظر: السبكي: الإبهاج(١٩٤)، المرداوي: التحبير(٢٧٠٢/٦)، الجيزاني: معالم أصول الفقه(٤٣٠).

تخصيص بعض العام بالذكر، وهذا لا يكون مخصصا للعام، عند جمهور العلماء[1].

ثالثا: المناقشة الثالثة فحاصلها يرجع إلى معارضة الدليل بقياس الولايات العامة على الولاية الخاصة، وهذا قياس باطل؛ لأن الولاية الخاصة -كالتصرف في ريع دار موقوفة، أو الإشراف على مال يتيم ورعاية شئونه يكفي فيها مجرد القدرة، أما الولاية العامة فإنها تحتاج إلى قدرة عالية تتناسب مع كثرة أعباء هذه الولاية وتشعبها، وعمومها، ومن الواضح أن من يستطيع أن يقوم بعمل خاص قد لا يستطيع أن يقوم بالعمل العام، كالوزارة، والقضاء، وغيرهما. إذن فمناط الحكم_علة الحكم_ في الولاية الخاصة، وهو مجرد القدرة لا يوجد في الولاية العامة التي تحتاج إلى القدرة العالية، لا مجرد القدرة.

وهذا إذا سلمنا أن مناط الحكم في تولي الولايات هو القدرة، ولكننا لا نسلم هذا؛ لأن القدرة وصف مضطرب، ليس له مقاييس أو موازين مضبوطة، والمعهود في الشرع أن يكون مناط الحكم وصفا ظاهرا منضبطا، وإذا نظرنا في الحديث الشريف: "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة" لنعرف الوصف الظاهر المنضبط الذي جعل مناطا لعدم الفلاح المانع من تولي المرأة الولاية نجد أنه الأنوثة التي يومئ إليها الحديث؛ لأن الأنوثة مظنة الإخلال أو عدم الكمال في القيام بأعباء الولاية.

وعلى هذا فإذا وجدت الأنوثة، فقد وجد المانع من تولي الولايات العامة، ومنها القضاء، ولولا أن الإجماع قد قام على جواز أن تتولى المرأة الولايات الخاصة اكتفاء بمجرد توافر القدرة فيها، لقلنا أيضا بعدم جواز أن تسند الولايات الخاصة إلى المرأة، ولكن الإجماع قام على جواز ذلك[2].

---

(١) انظر: السبكي: الإبهاج(١٩٤).

(٢) عثمان: النظام القضائي(١٣٠)، وانظر: عطوة: علم القضاء(٦٢)

رابعا: المناقشة بأن التقريب غير تام؛ لأن الدليل أنتج الأخص من الدعوى؛ لأنه أنتج عدم جواز أن تتولى المرأة القضاء بين الرجال فقط، دون النساء، والأحداث فهي غير صحيحة؛ لأن الدليل أنتج مساوي الدعوى، وذلك للمساواة بين الرجال والنساء والأحداث أمام القضاء؛ لأنه لا يوجد فارق بين الرجال وغيرهم في مجال الخصومة والتقاضي، ومؤاخذة القاضي لهم على الأمور التي تحدث منهم.

فإلحاق النساء والصبيان بالرجال إنما هو قياس في معنى الأصل، أو كما يسميه بعض العلماء: قياس جلي، وإذا كان الدليل قد أنتج مساوي الدعوى كان التقريب تاما(١).

وأما من السنة:

١- عَنْ أَبِي بَكْرَةَ، قَالَ لَمَّا بَلَغَ النَّبِيَّ ﷺ أَنَّ فَارِسًا مَلَّكُوا ابْنَةَ كِسْرَى قَالَ: **(لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَّوْا أَمْرَهُمُ امْرَأَةً)**(٢).

وجه الدلالة:

دل النص على عدم جواز تولية المرأة شيئاً من الأحكام العامة بين المسلمين، بما فيها ولاية القضاء؛ لأنه فساد و ضرر محض، ويجب اجتنابه، واجتناب ما يؤدي إليه، لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب(٣).

قال الشوكاني: فِيهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْمَرْأَةَ لَيْسَتْ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَاتِ وَلَا يَحِلُّ لِقَوْمٍ تَوْلِيَتُهَا لِأَنَّ تَجَنُّبَ الْأَمْرِ الْمُوجِبِ لِعَدَمِ الْفَلَاحِ وَاجِبٌ(٤).

---

(١) انظر المرجع السابق.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، باب الفتنة التي تموج كموج البحر، برقم(٧٠٩٩)، (٥٥/٩).

(٣) انظر: الصنعاني: سبل السلام(٢/٥٧٥).

(٤) نيل الاوطار(٣٠٤/٨).

قال العيني: وَاحتَج بِهِ من منع قَضَاء الْمَرْأَة[١].

ويعترض على ذلك:

استدلال في غير محله؛ لأن النص وارد في رئاسة الدولة، فيكون النهي المستفاد منه قاصرا على الولاية العظمى، فلا يشمل ولاية القضاء[٢]. وما يعزز هذا سبب ورود النص، لأنه قيل بمناسبة تولية ابنة كسرى منصب رئاسة الدولة في بلاد فارس، و قوله:ﷺ (أمرهم) تشمل جميع أمور الأمة التي تحتاج إلى من يقوم بأمرها[٣].

قال ابن حزم: إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الْأَمْرِ الْعَامِّ الَّذِي هُوَ الْخِلَافَةُ[٤].

ويجاب عن ذلك:

- بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب كما هو المرجح في علم أصول الفقه[٥].
- بأن كلمة "أمرهم" مفرد مضاف إلى معرفة، والمفرد المضاف إلى معرفة صيغة من صيغ العموم، كما هو الراجح عند علماء الأصول، وهو مذهب أكثر العلماء، وعلى هذا فكأن الحديث قال: لن يفلح قوم ولوا رياسة الدولة امرأة، ولن يفلح قوم ولوا الوزارة امرأة، ولن يفلح قوم ولوا القضاء امرأة، وهكذا سائر الولايات العامة، كإمارة البلاد،

(١) عمدة القاري(٢٤/٢٠٤).
(٢) انظر: أبو البصل: الفقه المقارن(١١٩).
(٣) عطوة: علم القضاء(٦٤).
(٤) المحلى(٨/٥٢٨).
(٥) الزركشي: البحر المحيط(٤/٢٩٠).

وقيادة الجيش، وما ماثل هذا[١].

من الإجماع:

ادعى أصحاب هذا الرأي الإجماع على منع المرأة من تولي القضاء. حيث قالوا: قبل أن يعرف خلاف في مسألة قضاء المرأة كان الإجماع منعقدا على عدم جواز توليتها هذا المنصب وعدم صحة التولية، فلا يعتد بخلاف من خالف بعد ذلك، قال الله تعالى: **﴿وَمَنْ يُشَاقِقْ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾** [٢].

ويعترض على ذلك:

إن الإجماع لا يمكن تحققه، وعلى فرض أنه ممكن التحقيق، فلا يمكن لنا أن نعلم بحدوثه؛ لأن من المحتمل أن يكون هناك مخالف لم نعلمه، ومن أين لنا أن ابن جرير الطبري، وابن القاسم، وابن حزم، والحنفية غير مسبوقين بما ذهبوا إليه[٣].

ويجاب عن ذلك:

بأن علماء الأصول قد أثبتوا أن الإجماع ممكن التحقق، وبعد بذل الجهد في البحث والتحري عن المخالف لرأي الجمهور لم نعثر إلا على قول بالجواز منسوب إلى ابن جرير الطبري، وقد ثبت عدم صحة النقل عن ابن جرير[٤].

---

(١) الزركشي: البحر المحيط(٤/٢٩٠)، عطوة: علم القضاء(٦٧).

(٢) سورة النساء: االآية(١١٥).

(٣) عثمان: النظام القضائي(١٢٥)، وانظر: عطوة: علم القضاء(٦٧).

(٤) المغني(١٠/٣٦).

ويعترض على هذه الإجابة:

بأنه ثبت في أكثر من مرجع أن هناك من أجاز تولية المرأة للقضاء.

قال ابن قدامة: حُكِيَ عَنْ ابْنِ جَرِيرٍ أَنَّهُ لَا تُشْتَرَطُ الذُّكُورِيَّةُ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ مُفْتِيَةً، فَيَجُوزُ أَنْ تَكُونَ قَاضِيَةً. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ قَاضِيَةً فِي غَيْرِ الْحُدُودِ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ شَاهِدَةً فِيهِ.

قال الباجي: وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ يَجُوزُ أَنْ تَلِيَ الْمَرْأَةُ الْقَضَاءَ فِي الْأَمْوَالِ دُونَ الْقِصَاصِ، وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ وَمُحَمَّدُ بْنُ جَرِيرٍ الطَّبَرِيُّ **يَجُوزُ أَنْ** تَكُونَ الْمَرْأَةُ قَاضِيَةً عَلَى كُلِّ حَالٍ(١).

وَرَوَى ابْنُ أَبِي مَرْيَمَ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ جَوَازَ وِلَايَةِ الْمَرْأَةِ(٢).

من القياس:

قياس ولاية القضاء على الولاية العامة فقد أجمعت الأمة على عدم جواز أن تتولى المرأة رياسة الدولة، وعلة المنع الطبيعة الخاصة للمرأة؛ لأن المرأة عاطفية وسريعة التأثر، ويعتريها الحيض والحمل والولادة والنفاس، والقضاء ولاية عامة، يحتاج إلى قوة وحزم؛ ولهذا تمنع المرأة من القضاء، كما منعت من رياسة الدولة؛ لهذا المعنى المشترك بينهما(٣).

ويعترض على ذلك:

الأولى قياس ولاية القضاء على الولاية الخاصة لوجود القدرة في كل منهما على القيام بأعباء هذا المنصب، ولا يصلح قياس ذلك على الولاية العامة لوجود الإجماع وخطورة المنصب(٤).

---

(١) المنتقى(١٨٢/٥).

(٢) الحطاب: مواهب الجليل(٨٧/٦).

(٣) أبو البصل: الفقه المقارن(١١٩).

(٤) انظر: عثمان: النظام القضائي(١٣٩).

ويجاب عن ذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن الأنوثة مظنة الإخلال، أو عدم قيام المرأة قياما كاملا بأعباء الولاية، والأنوثة موجودة في كل ولاية من الولايات العامة ومنها القضاء، فلا يجوز تولية المرأة أي ولاية من الولايات، ولولا أن الإجماع قد قام على استثناء بعض الولايات فجاز أن تتولى المرأة هذه الولايات التي قام الإجماع على جوازها اكتفاء بالقدرة فيها، لقلنا أيضا بأنه لا يجوز للمرأة تولي أي نوع من الولايات، وتخصيص العلة بدليل هو الراجح عند علماء الأصول.

الوجه الثاني: أن القول بوجود الفارق بين ولاية القضاء ورياسة الدولة، وهو القدرة في ولاية القضاء دون رياسة الدولة – مع أن كلا منهما ولاية عامة– تحكم محض، والمساواة بين القضاء والوصاية على اليتيم نوع آخر من التحكم الذي لا يستند إلى دليل، وهذا مرفوض في البحث العلمي(١).

من المعقول:

المصلحة تقتضي إبعاد المرأة عن منصب القضاء، حفاظاً على أنوثتها وعاطفتها التي يجب أن تصان من تشويش، وكذلك دورها الأساسي في الحياة كمربية للأجيال، والقضاء يستلزم خروجها المستمر، ومخالطتها للخصوم من الرجال، ولا مصلحة لوجود المرأة في منصب القضاء، لوجود الكفاية من الرجال، بل قد توجد المفسدة في ذلك، والمفسدة تدفع بقدر الإمكان(٢).

---

(١) انظر المرجع السابق.

(٢) انظر: الباجي: المنتقى (١٨٢/٥)، الشيرازي: المهذب (٣٧٨/٣)، ابن قدامة: المغني(٣٦/١٠)، الشوكاني: نيل الاوطار(٣٠٤/٨).

قال ابن قدامة: وَلِأَنَّ الْقَاضِيَ يَحْضُرُ مَحَافِلَ الْخُصُومِ وَالرِّجَالِ، وَيُحْتَاجُ فِيهِ إلَى كَمَالِ الرَّأْيِ وَتَمَامِ الْعَقْلِ وَالْفِطْنَةِ، وَالْمَرْأَةُ نَاقِصَةُ الْعَقْلِ، قَلِيلَةُ الرَّأْيِ، لَيْسَتْ أَهْلًا لِلْحُضُورِ فِي مَحَافِلِ الرِّجَالِ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهَا، وَلَوْ كَانَ مَعَهَا أَلْفُ امْرَأَةٍ مِثْلِهَا، مَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُنَّ رَجُلٌ، وَقَدْ نَبَّهَ اللَّهُ تَعَالَى عَلَى ضَلَالِهِنَّ وَنِسْيَانِهِنَّ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى**﴾(١) وَلَا تَصْلُحُ لِلْإِمَامَةِ الْعُظْمَى، وَلَا لِتَوْلِيَةِ الْبُلْدَانِ؛ وَلِهَذَا لَمْ يُوَلِّ النَّبِيُّ ﷺ وَلَا أَحَدٌ مِنْ خُلَفَائِهِ، وَلَا مَنْ بَعْدَهُمْ، امْرَأَةً قَضَاءً وَلَا وِلَايَةَ بَلَدٍ، فِيمَا بَلَغَنَا، وَلَوْ جَازَ ذَلِكَ لَمْ يَخْلُ مِنْهُ جَمِيعُ الزَّمَانِ غَالِبًا(٢).

أدل القول الثاني:

وقد استدلوا بالتالي:

قياس القضاء على الشهادة، فمن المعلوم مشروعية الشهادة للنساء _في غير الحدود والقصاص_؛ لقوله تعالى: ﴿**وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ**﴾ (٣)، وبما أن القضاء يشارك الشهادة في باب الولاية، والمرأة يصح لها أن تشهد في غير الحدود والقصاص، فيصح أن تكون قاضية في غير الحدود والقصاص(٤).

ويعترض على ذلك:

أن الولاية في الشهادة تغاير الولاية في القضاء، وهذا يستلزم أن تكون الأهلية في الشهادة مغايرة للأهلية في القضاء.

---

(١) سورة البقرة: الآية(٢٨٢).
(٢) المغني(١٠/٣٦).
(٣) سورة البقرة: الآية(٢٨٢).
(٤) انظر: زادة: مجمع الأنهر(٢/١٥١).

فمع أن كلا من القضاء والشهادة ولاية إلا أن الولاية في القضاء عامة شاملة، والولاية في الشهادة ليس فيها العموم والشمول بل هي خاصة قاصرة، وليس كل من يصلح لتولي الأمور الخاصة صالحا لتولي الأمور العامة، وأيضا فإن ولاية القضاء تلزم الحق بدون واسطة، وأما ولاية الشهادة فلا تلزم إلا بواسطة حكم القاضي، فالفارق متحقق بين الولايتين، وإذا تحقق الفارق فلا يصح أن تبنى إحداهما على الأخرى[١].

ويمكن الاستدلال لهذا القول بما استدل به أصحاب القول الثالث من، قياس، وأدلة عقلية، ولكن الأحناف حصروا قضاء المرأة في غير الحدود والقصاص، بخلاف أصحاب القول الثالث الذين أطلقوا القول بقضاء المرأة.

أدلة القول الثالث:

١- الأصل هو أن كل من تكون عنده مقدرة الفصل في قضايا الناس، يكون حكمه جائزا، هذا هو أصل عام، أي: قاعدة كلية، وقد خصص الإجماع هذا الأصل العام، فأجمع العلماء على عدم جواز تولية المرأة رياسة الدولة، لوجود الحديث المفيد هذا الحكم، فيكون ما خصصه الإجماع هو المستثنى من هذا الأصل العام، ويبقى ما عداه على الحكم الأصل، وعلى هذا يصح للمرأة أن تتولى القضاء، ولا تعد أنوثتها مانعا؛ لأنها لا تؤثر في فهمها للحجج، وفصلها في الخصومات[٢].

(١) عطوة: علم القضاء(٤٨).

(٢) عثمان: النظام القضائي(١٤٤)، و انظر: ابن رشد: بداية المجتهد(٤/٢٣٤).

ويعترض على ذلك:

أولا: المرأة غير قادرة على أن تفصل في الخصومات على الصورة الكاملة، للنقصان الطبيعي فيها؛ ولأنها تنساق كثيرا وراء العاطفة، ولتعرضها للأمور الطبيعية التي تخص النساء، من حيض، وحمل وولادة، وإرضاع، وهذا مما يؤثر على قدرتها في فهم حجج المتخاصمين، وتكوين الحكم الكامل لديها، وطبيعتها تعرضها للنسيان، وهو ما قد يؤدي إلا أن يفوتها شيء من الأدلة أو وقائع القضية التي تنظرها.

ثانيا: هذا القول منقوض برياسة الدولة، إذ إن المرأة قد تكون لها القدرة على أن تقوم بأعباء هذا المنصب، ومع ذلك فإن العلماء مجمعون على أنه لا يجوز لها أن تتولاه.

ويجاب عن ذلك:

بأن القائلين بالجواز استثنوا رياسة الدولة لوجود الإجماع على منعها من توليها، المستند إلى الحديث: "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة". وهذا نظير عود الاستثناء في قوله تبارك وتعالى: **﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ، إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾**. فإن الجمهور الذين يرون عود الاستثناء على جميع الجمل السابقة عليه يرون في نفس الوقت عدم سقوط الحد؛ لأن الحد في القذف لا يسقط بالإجماع فكذلك هنا يمكن الرد بأن رياسة الدولة مستثناة من هذه القاعدة التي نقول بها بالإجماع استنادا إلى قول رسول الله ﷺ: **(لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَّوْا أَمْرَهُمُ امْرَأَةً)**(١)،(٢).

---

(١) سبق تخريجه، ص(٣٤٢).

(٢) عثمان: النظام القضائي(١٤٤).

٢- لِأَنَّ الْمَرْأَةَ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ مُفْتِيَةً، فَيَجُوزُ أَنْ تَكُونَ قَاضِيَةً(١).

ويعترض على ذلك:

أجيب عن هذا الدليل بأنه قياس مع الفارق والقياس مع الفارق لا يصح، والفارق هنا من ناحيتين:

الناحية الأولى: أن القضاء ولاية، والفتيا ليست كذلك؛ لأن الفتيا لا إلزام فيها، بخلاف القضاء فإنه ملزم للخصمين.

الناحية الثانية: أن المستفتي له أن يأخذ الفتوى وأن يدعها، بخلاف القضاء فإنه حكم ملزم.

ويجاب عن ذلك:

أجيب عن هذه المناقشة بأن الفتوى أيضا قد تكون ملزمة، وذلك حين لا يكون هنالك إلا واحد يصلح للإفتاء، ولم يستثنوا هذه الحالة من أهلية المرأة للفتوى، مع أنها إذ ذاك ولاية. فالفتيا ولاية في الجملة هنا، أي: ولاية في بعض أجزاء المسألة التي نحن بصددها(٢).

٣- قياس القضاء على الشهادة، وبما أن الشهادة ثابتة للمرأة بنص القرآن الكريم، من قول الله تبارك وتعالى: **﴿فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾**(٣) فيجوز للمرأة أن تتولى القضاء، قياسًا على قبول شهادتها؛ بجامع الولاية في كلٍّ(٤).

---

(١) ابن قدامة: المغني(١٠/٣٦).

(٢) انظر: عثمان: النظام القضائي (١٤٤).

(٣) سورة البقرة: الآية(٢٨٢).

(٤) انظر: الكيا الهراسي: أحكام القرآن(١/٢٤٩).

ويعترض على ذلك:

لا يصح قياس ولاية القضاء على ولاية الشهادة؛ لأن ولاية القضاء عامة[1].

٤- قياس القضاء على الحسبة[2]، فقد روي أن عمر بن الخطاب ﷺ ولى امرأة كان تدعى أم الشفاء ولاية الحسبة على السوق[3]، فيجوز تولية المرأة القضاء قياسا على الحسبة، بجامع أن كلا منهما ولاية عامة، فالأصل المقيس عليه هنا هو الحسبة، والفرع المقيس هو القضاء، والعلة الجامعة فيهما هي أن كلا منهما ولاية عامة، والحكم هو جواز تولي المرأة الحسبة فجاز بناء على هذا القياس توليتها القضاء[4].

ويعترض على ذلك:

هذا الأثر لم يثبت عن عمر ﷺ، قال ابن العربي: معلقاً عليه، وَلَمْ يَصِحَّ؛ فَلَا تَلْتَفِتُوا إلَيْهِ؛ فَإِنَّمَا هُوَ مِنْ دَسَائِسِ الْمُبْتَدِعَةِ فِي الْأَحَادِيثِ[5].

(١) عثمان: النظام القضائي(١٤٤).
(٢) الحسبة هي: الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله. قلعجي: معجم لغة الفقهاء(١٧٩).
(٣) ابن حزم: المحلى(٥٢٧/٨).
(٤) أما ابن حزم فمذهبه الفقهي والأصولي أن القياس ليس مصدرا من مصادر التشريع، وهو مذهب الظاهرية الذي ينتمي إليه ابن حزم، وغالب الظن أن ابن حزم يرى أن المرأة التي يروى أن عمر بن الخطاب ولاها السوق، تولت القضاء والفصل في الخصومات التي تحدث بين أهل السوق. فلم يذكر ابن حزم هذا الأثر ليقيس القضاء على عمل المرأة التي روي أن عمر ولاها السوق، وإنما في غالب الظن أنه يرى أن هذا العمل هو في حقيقته نوع من القضاء. عثمان: النظام القضائي(١٤٨).
(٥) أما ابن حزم فمذهبه الفقهي والأصولي أن القياس ليس مصدرا من مصادر التشريع، وهو مذهب الظاهرية الذي ينتمي إليه ابن حزم، فعبر عن ذلك بقوله: وَلَا يَحِلُّ الْحُكْمُ بِقِيَاسٍ، وَلَا بِالرَّأْيِ وَلَا بِالِاسْتِحْسَانِ وَلَا بِقَوْلِ أَحَدٍ مِمَّنْ دُونَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ دُونَ أَنْ يُوَافِقَ قُرْآنًا أَوْ سُنَّةً صَحِيحَةً؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ حُكْمٌ بِغَالِبِ الظَّنِّ. المحلى(٤٢٩/٨).
وغالب الظن أن ابن حزم يرى أن المرأة التي يروى أن عمر بن الخطاب ولاها السوق، تولت القضاء والفصل في الخصومات التي تحدث بين أهل السوق. فلم يذكر ابن حزم هذا الأثر ليقيس القضاء على عمل المرأة التي روي أن عمر ولاها السوق، وإنما في غالب الظن هو يرى أن هذا العمل هو في حقيقته نوع من القضاء. عثمان: النظام القضائي(١٤٨).

الترجيح:

بعد ذكر الأقوال وبيان منشأ الخلاف وعرض الأدلة، ومناقشة جلها نسطر التالي:

١- لا يمكن تناول هذه المسألة بعيداً عن ظروف العالم الإسلامي، وما يتعرض له من هجوم شرس، من خلال إثارة سيل من الشبهات في موضوع الحريات، وحقوق الإنسان، وعلى وجه الخصوص الحقوق المتعلقة بالمرأة، كالشهادة والدية والميراث، والولايات العامة.

٢- جواز تولية المرأة للقضاء من عدمه ليس مرتبطاً بالكرامة والتفضيل لجنس على جنس؛ لأن الله تعالى كرم الإنسان رجلاً كان أو امرأة، وخلقهما من نفس واحدة.

قال تعالى: **﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنْ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً﴾**[١].

وقال تعالى: **﴿فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لاَ أُضِيعُ عَمَلَ عَامِلٍ مِنْكُمْ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَى بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ﴾**[٢]، وإنما لما للرجال من فضل التدبير والرأي، و زيادة القوة في النفس والطبع ولغلبة اللين والضعف على النساء.

٣- هذه المسألة لم يرد فيه دليل قطعي الثبوت أو الدلالة، ولا إجماع كامل، وعليه فقد أصبحت هذه المسألة في المنطقة المفتوحة لا المغلقة الذي تحكمها ظروف كل مجتمع، وكل عصر، إذ لا ينكر في المختلف فيه.

---

(١) سورة الإسراء: الآية(٧٠).

(٢) سورة آل عمران: الآية(١٩٥).

٤- أدلة الجميع لم تسلم من المناقشة، والرد، والنقض.

٥- جمهور الفقهاء وفيهم الحنفية، يرون أولوية تنصيب الرجال لهذا المنصب، حفاظاً على أنوثة المرأة، ودورها الأساسي في الحياة، كأم ومربية للأجيال.

٦- مع أن قاضي القضاة كان في أكثر العصور السابقة حنفياً، وكان من مهام منصبه تولية القضاة في جميع البلاد الإسلامية، ومع هذا لم ينصب لهذا المنصب امرأة، ولو لمرة واحدة في العصور السابقة.

٧- العمل في سلك القضاء بالنسبة للمرأة قد يؤدي إلى الوقوع في الممنوع المنهي عنه شرعا، كمخالطة الرجال، والخلوة مع الخصوم أو الشهداء، أو الوكلاء، ومن المعلوم بالضرورة أن ما يؤدي إلى المحظور محظور.

٨- التكوين النفسي والعاطفي الذي منحه الله تعالى للمرأة، لا يستقيم ومهنة القضاء الذي يلزمه الصرامة والشدة، وعدم الانسياق وراء العواطف الجياشة.

٩- التكوين الفيسولجي للمرأة، يقتضي تعدد إجازتها، للحمل، والولادة، والرضاعة، وغير ذلك، وهذا يترتب عليه تعطيل مصالح الناس، من تأجيل للقضايا والتأخير في فض المنازعات، وكل هذا لا يتوافق مع الشريعة في مقصد سرعة أنجاز القضاء. والله تعالى أعلم.

موقف القانون الوضعي محل المقارنة:

لم تحظر قوانين السلطة القضائية المتعاقبة تولي المرأة القضاء ولم تفرق في صدد الشروط التي يلزم توافرها فيمن يتولى القضاء بين الرجال

والنساء بل جاءت النصوص عامة ومطلقة في هذا الصدد ولم تشترط أي مادة أو أي قانون شرط الذكورة في تولية القضاء.

فقانون السلطة القضائية الفلسطينية لم يفرق بين الرجل والمرأة، فأجاز أن يتولى القضاء الرجل والمرأة[١].

وبإلقاء الضوء على المادة ٣٨ من قانون السلطة القضائية _ المصرية_ رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ نجدها وضعت شرطاً أن يكون مصرياً وهذا الشرط ينسحب وينطبق على جميع المصريين دون تمييز في الجنس إذ لا يهم بعد ذلك إن كان المصري رجلاً أو امرأة[٢].

---

(١)انظر: الفرا: الوجيز في أصول المحاكمات المدنية(٨٩).

(٢) انظر: عبيد: استقلال القضاء(١٥٢)، ومستند فقهاء القانون المصري في ذلك:

١_ أن المشرع لم يشترط فيمن يتولى القضاء أن يكون رجلا، وذلك عند ذكره للشروط الواجب توافرها فيمن يتولى القضاء وبالتالي فهو لم يمنع المرأة من تولى القضاء، وإنما كل ما اشترطه المشرع في القاضي هو أن يكون مصرى الجنسية وهذا متحقق في الرجل والمرأة على السواء.

٢_ أن المشرع المصري أيضا عند ذكره للشروط اللازم توافرها في ممارسة مهنة المحاماة لم يمنع المرأة من ممارسة تلك المهنة، وإنما اشترط فيمن يمارس تلك المهنة أن يكون مصرى الجنسية طبقا لنص المادة (١٣) من قانون المحاماة رقم (١٧) لسنة ١٩٨٣ والمعدل بالقانون رقم ٢٢٧ لسنة ١٩٨٤ حيث نصت تلك المادة على أنه (يشترط فيمن يطلب قيد اسمه فى الجدول العام أن يكون متمتعا بالجنسية المصرية)، وإذا كان المشرع قد سمح للمرأة بممارسة مهنة المحاماة فكذلك يجوز لها تولى القضاء إذ لا وجه للتفرقة في ذلك بين الرجل والمرأة.

٣_كما أن المشرع عندما يقصد قصر ممارسة عمل معين على الذكور دون الإناث ينص على ذلك صراحة.

٤_ فضلا عن أن المرأة فى مصر وصلت إلى منصب الوزارة والتمثيل النيابي، انظر: والى: الوسيط(١٩٤)، انظر: إبراهيم: الوجيز في المرافعات(٩٣)، هاشم: قانون القضاء المدني(١/١٢٧)، شريف: حماية القاضي وضمانة نزاهته(١٠٣).

فهرس المصادر والمراجع :

١. **الأسيوطي:** شمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهاجي الأسيوطي ثم القاهري الشافعي (المتوفى: ٨٨٠هـ)، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، حققها وخرج أحاديثها: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٧ هـ – ١٩٩٦م.

٢. **الباجي:** أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (المتوفى: ٤٧٤هـ)، المنتقى شرح الموطأ، الناشر: مطبعة السعادة – بجوار محافظة مصر، الطبعة: الأولى، ١٣٣٢هـ، عدد الأجزاء: ٧.

٣. **البخاري:** محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي،[الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري]، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر،الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي) ، الطبعة : الأولى ، ١٤٢٢هـ ، عدد الأجزاء:٩.

٤. **أبو البصل:** علي أبو البصل، دراسات في الفقه المقارن، الناشر دار القلم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى٢٠٠١م.

٥. **الثعلبي:** أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: ٤٢٢هـ)، التلقين في الفقة المالكي، المحقق: ابي أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني،الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى ١٤٢٥هـ–٢٠٠٤م،عدد الأجزاء:٢.

٦. **الجرجاني:** علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى:

٨١٦هـ)، كتاب التعريفات، المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت -لبنان، الطبعة: الأولى ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م، عدد الأجزاء: ١.

٧. **الجيزاني:** محمَّد بنْ حسَيْن بن حَسنْ الجيزاني، معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، الناشر: دار ابن الجوزي، الطبعة: الطبعة الخامسة، ١٤٢٧ هـ، عدد الأجزاء: ١.

٨. **ابن حزم:** أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى : ٤٥٦هـ)، المحلى.

٩. **الحطاب:** شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (المتوفى: ٩٥٤هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الناشر: دار الفكر،الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م،عدد الأجزاء:٦.

١٠. **ابن حيان:** أبو حيان محمد بن يوسف بن علي بن يوسف بن حيان أثير الدين الأندلسي (المتوفى: ٧٤٥هـ)، البحر المحيط في التفسير، المحقق: صدقي محمد جميل، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: ١٤٢٠هـ.

١١. **ابن رشد:** أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الناشر: دار الحديث - القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤ م، عدد الأجزاء: ٤.

١٢. **زاده:** عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف

بداماد أفندي (المتوفى: ١٠٧٨هـ)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، عدد الأجزاء:٢.

١٣. **الزركشي:** أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، الناشر: دار الكتبي، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، عدد الأجزاء: ٨

١٤. المنثور في القواعد الفقهية، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، عدد الأجزاء: ٣..

١٥. **السبكي:** تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيي السبكي وولده تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب، الإبهاج في شرح المنهاج (منهاج الوصول إلي علم الأصول للقاضي البيضاوي المتوفي سنه ٧٨٥هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، عام النشر: ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، عدد الأجزاء: ٣.

١٦. **السيوطي:** عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، الدر المنثور، الناشر: دار الفكر - بيروت، عدد الأجزاء:٨.

١٧. **الشوكاني:** محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، نيل الأوطار،تحقيق: عصام الدين الصبابطي،الناشر: دار الحديث، مصر،الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م، عدد الأجزاء: ٨.

١٨. **الشيرازي:** أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، المهذب في فقة الإمام الشافعي،الناشر: دار الكتب العلمية،عدد الأجزاء:٣.

١٩. **الصنعاني:** محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني

ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير (المتوفى: ١١٨٢هـ)، سبل السلام، الناشر: دار الحديث، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، عدد الأجزاء: ٢.

٢٠. **الطبري:** محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري (المتوفى: ٣١٠هـ)، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، الناشر: مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠م، عدد الأجزاء: ٢٤.

٢١. **ابن عابدين:** محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، رد المحتار على الدر المختار، الناشر: دار الفكر-بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٢٢. **عبيد:** محمد كامل عبيد، استقلال القضاء دراسة مقارنة، الناشر جامعة الأزهر، كلية الدراسات الإسلامية، والعربية.

٢٣. **عثمان:** محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، الناشر: دار البيان، الطبعة: الثانية ١٤١٥هـ-١٩٩٤م، عدد الأجزاء:١.

٢٤. **ابن العربي:** القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (المتوفى: ٥٤٣هـ)، أحكام القرآن، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلّق عليه: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م، عدد الأجزاء:٤.

٢٥. **عطوة:** عبد العال عطوة، محاضرات في علم القضاء، المملكة العربية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي

للقضاء.

٢٦. **العيني:** أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى (المتوفى: ٨٥٥هـ)، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت، عدد الأجزاء: ٢٥ × ١٢.

٢٧. **الفرا:** عبد الله خليل الفرا ، الوجيز في أصول المحاكمات المدنية والتجارية، القضاء وولايته، الطبعة الأولى ٢٠١١.

٢٨. **الفيروز آبادي:** مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (المتوفى: ٨١٧هـ)، ينسب: لعبد الله بن عباس – رضي الله عنهما – (المتوفى: ٦٨هـ)، القاموس المحيط، الناشر: دار الكتب العلمية – لبنان، عدد الأجزاء: ١.

٢٩. **ابن قدامة:** أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، المغني، الناشر: مكتبة القاهرة،الطبعة: بدون طبعة،عدد الأجزاء: ١٠،تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ – ١٩٦٨م.

٣٠. **قلعجي:** محمد رواس قلعجي – حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ – ١٩٨٨م.

٣١. **الكاساني:** علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ – ١٩٨٦م، عدد الأجزاء:٧.

٣٢. **ابن كثير:** تفسير القرآن.

٣٣. **المرداوي:** علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٨٨٥هـ)، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، المحقق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، الناشر: مكتبة الرشد - السعودية / الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، عدد الأجزاء: ٨.
٣٤. **مسلم:** مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: ٢٦١هـ)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم= صحيح مسلم، تحقق: محمد فؤاد عبد الباقي،الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، عدد الأجزاء: ٥.
٣٥. **المواق:** محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: ٨٩٧هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م، عدد الأجزاء: ٨.
٣٦. **الهراسي:** علي بن محمد بن علي، أبو الحسن الطبري، الملقب بعماد الدين، المعروف بالكيا الهراسي الشافعي (المتوفى: ٥٠٤هـ)، أحكام القرآن، المحقق: موسى محمد علي وعزة عبد عطية، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ.
٣٧. **ابن الهمام:** كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: ٨٦١هـ)، فتح القدير، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، عدد الأجزاء: ١٠.